Zur Haftung der offenen Handelsgesellschaft für Delikte der Gesellschafter.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau

vorgelegt von

Julius Möller,
Amtsrichter.

Breslau 1906.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Dahn.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0022

Literatur.

Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 2. A. 1899.

Becker, Der nicht rechtsfähige Verein als offene Handelsgesellschaft. Heidelberger Diss. 1904.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. I. 1896.

Bekker, Zur Lehre vom Rechtssubjekt. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik. Bd. 12.

Bendix, Das deutsche Privatrecht. 1899.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Abt. I. 1873.

Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Teil I. 1899.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. II. 1892.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 1898.

Dahn, Handelsrechtliche Vorträge. 1875.

Dernburg, Pandekten. 4. A. 1894.

— Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Bd. II: Das Obligationenrecht. 1882.

— Das Bürgerliche Recht. Bd. I und II. 1901.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Erster Band. 1899.

Eccius, Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 32 S. 1 ff.

Eck, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Fortgesetzt von Leonhard. 1899.

Engelmann, Das alte und das neue Bürgerliche Recht. 1899.

— Preußisches Privatrecht. 6. A. 1896.

Fischer, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. 1887.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1897.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. A. 1896.
Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. A. 1899.
— Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Handausgabe 1898.
Gareis-Fuchsberger, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. 1891.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. I. 1895.
— Die Genossenschaftstheorie. 1887.
— Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 1902.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1900, 1901.
Goldschmidt, Verantwortlichkeit des Schuldners für culpa seiner Gehilfen. In Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 16 S. 287 ff.
Górski, Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. 1888.
Hahn, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Bd. VI. Mat. zum Handelsgesetzbuch. 1897.
v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 3. A. 1877.
Hartwig, Die Haftung juristischer Personen für Delikte. Breslauer Diss. 1899.
Hergenhahn, Die offene Handelsgesellschaft. 1894.
Keyßner, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch. 1878.
Klingmüller, Zur Deliktsfähigkeit juristischer Personen. Breslauer Diss. 1900.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft. 1901.
Könige, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1899.
Kohler, Das Recht des Markenschutzes. 1884.
Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. In Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 30 S. 469 ff., Bd. 31 S. 1 ff.
Lehmann, Kommentar zu den Nebengesetzen. Teil I: Das Handelsgesetzbuch. 1899.
Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 9. A. 1899.
Litthauer, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 12. A. 1901.
Löning, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. 1879.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 1900.
Milch, Die Haftung für die Schulden der offenen Handelsgesellschaft nach dem Allg. Deutschen Handelsgesetzbuch. Breslauer Diss. 1892.
Nagler, Die Gesamte Hand im Gesellschaftsrecht. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 10 S. 695 ff.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. A. 1900.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar. 1. und 2. A. 1900.
Puchelt, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 1882.
Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaft. 1881.
Römer, Abhandlungen aus dem Römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht. 1877.
Rudorff, Handelsgesetzbuch von 1897. 1898.
Schulz, Haftet die offene Handelsgesellschaft für die selbständigen, d. h. nicht in Ausführung von Rechtsgeschäften begangenen Delikte ihrer Mitglieder? Greifswalder Diss. 1896.
Staub, Handelsgesetzbuch, 6. und 7. A. 1900, 3. und 4. A. 1896.
Stobbe, Deutsches Privatrecht. Bd. III. 1878.
Thöl, Das Handelsrecht. Bd. I. 6. A. 1876.
Unger, Personengesamtheit und offene Handelsgesellschaft. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. Bd. 25 S. 239 ff.
v. Völderndorff, Über Haftung der Handelsgesellschaft und deren Mitglieder aus Delikten. Im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts von Busch. Bd. 32 S. 120 ff.
Willenbücher, Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. 1891.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. A. 1900.

Sammelwerke.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes.
Juristische Wochenschrift. Berlin.
Protokolle der Kommission eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs.
Soergel, Rechtsprechung.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Seite

1. Rechtsgeschichtliche Entwickelung und Stand der Frage in Wissenschaft und Praxis 1
2. Übersicht der Untersuchung 7

Abschnitt I.

Die Haftung für Delikte des vertretungsberechtigten Gesellschafters.

A. Die Haftung nach dem Handelsgesetzbuch.

1. Delikte als Gesellschaftshandlungen 9
2. Ein Gewohnheitsrecht über die Deliktshaftung besteht nicht 11
3. Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft nach neuem Recht 13
4. Verschulden aller Gesellschafter als Voraussetzung einer Haftung der offenen Handelsgesellschaft 17
   a) Verschulden als Voraussetzung des Delikts 17
   b) Haftung für fremdes Verschulden 21
   c) Stellvertretung im Delinquieren 24
   d) Ergebnis. Verschulden der offenen Handelsgesellschaft 30

B. Die Haftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 36

Abschnitt II.

Die Haftung für Delikte des nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters.

A. Die Haftung nach dem Handelsgesetzbuch 41

B. Die Haftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 46

Einleitung.

1. Rechtsgeschichtliche Entwickelung und Stand der Frage in Wissenschaft und Praxis.

Über die Haftung der offenen Handelsgesellschaft für Handlungen einzelner Gesellschafter bestimmen die §§ 125 und 126 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 folgendes:

„Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist.“ . . . . .

„Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura.

Eine Beschränkung des Umfanges dieser Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam“ . . .

Die Vertretungsmacht soll sich also nur auf „Geschäfte und Rechtshandlungen“ erstrecken; eine Haftung für Delikte ist im Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nicht ausdrücklich vorgesehen. Daß Delikte unter den in §§ 125, 126 der Vertretungsmacht unterstellten Geschäfte und Rechtshandlungen mit inbegriffen sein sollten, ist aus-

geschlossen, weil kein Gesetz eine Ermächtigung zu verbotenen Handlungen erteilen kann und wird; auch würde ein Gesellschaftsvertrag zur Vornahme verbotener Handlungen unsittlich und daher nichtig sein.[1])

Auch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch enthielt eine Vorschrift über Deliktshaftung nicht. Es bestimmte in Art. 114:

> „Jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter ist ermächtigt, alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vorzunehmen, insbesondere auch die der Gesellschaft gehörenden Grundstücke zu veräußern und zu belasten.
>
> Die Gesellschaft wird durch die Rechtsgeschäfte, welche ein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter in ihrem Namen schließt, berechtigt und verpflichtet."

Das in Absatz 2 des Art. 114 Gesagte ist in den § 164 BGB übergegangen; es brauchte daher im neuen Handelsgesetzbuche nicht wiederholt zu werden, da das Bürgerliche Gesetzbuch auch für das Handelsrecht gilt, soweit nicht das Handelsgesetzbuch oder das Einführungsgesetz dazu Abweichendes bestimmen (Art. 2 Einf.-Ges.). Absatz 1 des Art. 114 stimmt dagegen mit Absatz 1 des § 125 inhaltlich überein.[2])

Bei dieser Übereinstimmung der Hauptquelle für das alte Recht mit der für das neue Recht ist die Entstehungsgeschichte der Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs und die Rechtsentwickelung, die sich an letzteres angeschlossen hat, von unmittelbarer Be-

[1]) Art. 2 des Einführungsgesetzes zum HGB.; §§ 134, 138 BGB; vgl. Entsch. des ROHG Bd. 25 S. 348 f.

[2]) Denkschrift zum HGB S. 91; Hahn, Materialien, Bd. VI S. 264 f.

deutung auch für die Auslegung des Handelsgesetzbuchs von 1897.

Im Preußischen Entwurfe zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch war als Art. 115 folgende Bestimmung enthalten:

> „Die Gesellschaft haftet für den Schaden, welchen ein Gesellschafter in Ausführung der Geschäfte der Gesellschaft einem Dritten zufügt.“[3])

Dieser Artikel wurde jedoch gestrichen und zwar unter folgenden Umständen.

Der Entwurf enthielt in Art. 42 die Bestimmung, daß ein Prinzipal haften solle für den Schaden, den ein Faktor in Ausführung eines aufgetragenen Geschäftes begeht; ferner bestimmte Art. 57 des Entwurfs, daß der Prinzipal für den Schaden haften solle, den ein Handlungsgehilfe in Ausführung der ihm obliegenden Verpflichtungen einem Dritten durch unerlaubte Handlungen zufügt. Der Art. 57 wurde bereits in der ersten Lesung gestrichen (Protokolle S. 100), da er zu weit gehe, denn er verlange vom Prinzipal eine größere Sorgfalt in der Auswahl eines Lehrlings als in der eines Prokuristen. Der Art. 42 blieb ebenso wie Art. 115 bestehen, obwohl auch gegen Art. 42 schon in zweiter Lesung Angriffe gerichtet wurden (Prot. S. 85).

In dritter Lesung wurde gegen Art. 42 (III. Les. 53) geltend gemacht, daß er die deutschen Zivilrechte, ausgenommen das französische, durchbreche und daß Zweckmäßigkeitsgründe hierfür fehlten; die Haftung für Verschulden von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten aufrecht zu erhalten, sei weniger erheblich, als die für

[3]) Protokolle der Kommission eines Allg. dt. HGB, Beilagenband, der unter III enthielt: „Entwurf eines HGB für die Preußischen Staaten“, das. Art. 115; unter IV Entwurf eines Allg. Dt. HGB nach den Beschlüssen der 2. Lesung, das. Art. 117.

Handlungsgehilfen; denn für Verschulden bei Vertragsschlüssen hafte der Prinzipal bereits aus anderen Rechtsgründen, nicht dagegen für praktische Verrichtungen, die bei Handlungsgehilfen besonders in Betracht kämen. Auch sei die Abgrenzung des Verschuldens „in Ausführung der Geschäfte“ von dem Verschulden „bei Gelegenheit der Ausführung“ praktisch äußerst schwierig. — Der Art. 42 (53) wurde ebenfalls gestrichen und in Verfolg dessen auch Art. 115, ohne daß sich gegen diese letztere Streichung besonderer Widerspruch erhoben hätte.

In der Folgezeit wurde besonders vom Reichs-Oberhandelsgericht demgemäß angenommen, daß die vorliegende Frage nicht im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, sondern in den Landesrechten entschieden sei.[4]) Das Reichs-Oberhandelsgericht verneint, daß sich die Haftung der offenen Handelsgesellschaft für außerkontraktlichen Dolus ihres Vertreters aus Art. 114 Allg. Dt. HGB ergebe, denn dieser Artikel verleihe zwar dem Gesellschafter für Rechtsgeschäfte eine unbeschränkte Vertretungsmacht, aber außerkontraktlicher Dolus falle nicht unter die Vertretungsbefugnis, diese endige vielmehr da, wo die Tätigkeit des Gesellschafters aufhöre, eine erlaubte zu sein, da hier Zweck und Tätigkeit der offenen Handelsgesellschaft überhaupt aufhörten; eine Gesellschaft für unerlaubte Zwecke könne nicht begründet werden.

Dieser Auffassung trat das Reichsgericht in der Entscheidung vom 5. Februar 1886 mit folgender Ausführung entgegen.[5]) Das Prinzip, welches die Haftung des Prinzipals

[4]) Entsch. d. ROHG Bd. 19 S. 202 ff., 25 S. 347 ff.; Puchelt, Anm. 6 Abs. 2 zu Art. 114, Anm. 3 zu Art. 58; v. Völderndorff in Buschs Archiv Bd. 37 S. 121.

[5]) Entsch. in Zivilsachen Bd. 15 S. 121 ff.; die Entscheidung Bd. 10 S. 301 spricht die Haftung der o. Hg. auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung des code civil Art. 1384 Satz 3 aus.

für Verschulden seiner Vertreter bei deren faktischen Verrichtungen ablehne, sei, wie seine gewohnheitsrechtlichen und gesetzlichen Durchbrechungen zeigten, als Fessel empfunden worden (S. 124). Zwar bestehe das Bedenken, ob die Schadensersatzpflicht, wenn sie an Verschulden geknüpft sei, den Vertretenen auch dann treffe, wenn nicht er, sondern nur der Vertreter in Verschulden gewesen sei; allein trotzdem könne jenes Prinzip nicht anerkannt werden. Ein entscheidender Grund zur Ablehnung des Art. 115 sei jedenfalls der gewesen, daß der Begriff der Handlungen „in Ausführung der Geschäfte" ein allzu vager sei, denn es müßten darunter sowohl Rechtshandlungen, wie faktische Verrichtungen, sowohl solche Handlungen verstanden werden, die schon an sich in den Geschäftsbereich der offenen Handelsgesellschaft fallen, wie solche, die erst durch den Willen des Vertreters mit dem Geschäftskreis in Beziehung kommen. Der Art. 114 HGB aber, wenn er auch nur von rechtsgeschäftlichem Handeln rede, beschränke doch die Vertretungsmacht nicht auf rechtsgeschäftliche Handlungen des Vertreters. Der Fähigkeit, im Verkehr durch Ausübung einer Willensmacht Vermögen zu erwerben, entspreche die Pflicht, sich hierbei der Verletzung fremder Herrschaftskreise zu enthalten und es wäre irrationell, die offene Handelsgesellschaft nicht mit ihren Machtmitteln und Gütern für solche Verletzungen haften zu lassen. Eine Gesellschaftshandlung sei vorhanden, wenn

> „die Handlung nach dem dem gesellschaftlichen Gewerbebetriebe gesetzten Zwecke und nach den für seine Erreichung betätigten Mitteln diesem Gewerbebetriebe angehört, namentlich wenn noch dazu ihre Ergebnisse ohne weiteres in das Bereich der gewerblichen Herrschaft, wie solche vermöge der gewerblichen Betriebsveranstaltungen und der darin waltenden Willen besteht, fallen."

Ansprüche aus solchen Handlungen seien ohne Zweifel gegen die offene Handelsgesellschaft zu richten, soweit sie Wirkungen des objektiven Unrechts seien, z. B. Unterlassung eines Nachdrucks, Einziehung der Nachdrucksexemplare.

Bei den von subjektivem Unrecht abhängigen Handlungen könne die offene Handelsgesellschaft zunächst dann in Anspruch genommen werden, wenn alle Gesellschafter ein Verschulden treffe, denn es sei unzutreffend, daraus allein, daß eine Handlung in rechtswidriger Absicht begangen sei, zu folgern, daß sie nicht dem Geschäftskreise der Gesellschaft angehören könne.

Bis hierher wird man dem Reichsgericht, wie es auch in dieser Arbeit geschehen wird, folgen können. Nun aber führt das Urteil weiter aus: Was bei Verschulden aller, das müsse auch bei Verschulden nur eines Gesellschafters gelten, immer vorausgesetzt, daß die Handlung in den Geschäftskreis der offenen Handelsgesellschaft fällt. Der Art. 114 nämlich erschöpfe nicht den Begriff der Vertretung, sondern bestimme nur den Umfang der Befugnisse des Gesellschafters in bezug auf Rechtsgeschäfte; dadurch aber würden die „faktischen Geschäftshandlungen“ nicht ausgeschlossen. Die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters beruhe nicht auf einer Übertragung der Stellvertretung, sondern auf seiner Prinzipalschaft und deshalb verpflichte er die Gesellschaft nicht nur durch Rechtshandlungen, sondern auch dann, wenn sein Geschäftsbetrieb Dritte verletze. Das gegenteilige Resultat würde ein völlig unerträgliches sein.

Diese Ansicht hat das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen beibehalten;[6]) sie hat von zahlreichen Seiten

[6]) Reichsgericht, Entsch. in Zivilsachen, Bd. 17 S. 93 ff.; 20 S. 190 ff.; 32 S. 32; 46 S. 18; ferner Reichsgericht bei Bolze Bd. 5 No. 741; Bd. 7 No. 631; 13 No. 495; 17 No. 523; 21 No. 553;

Billigung, aber auch verschiedentliche Anfechtung erfahren, ohne daß ausführlichere Untersuchungen, mit Ausnahme der von Schulz, angestellt worden sind.[7]) Die Denkschrift zum Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897 bemerkt S. 93 (s. Hahn, Materialien, Bd. VI, S. 266): „Die Frage, wieweit die Gesellschaft für den Schaden verantwortlich ist, den ein vertretungsberechtigter Gesellschafter bei seinen Verrichtungen einem Dritten zufügt, hat durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Lösung gefunden."

2. Übersicht der Untersuchung.

Im folgenden soll zunächst die Haftung der offenen Handelsgesellschaft für Delikte eines zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Gesellschafters, darauf die Haftung für Delikte des nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters geprüft werden. Hierbei ist in erster Linie das Handelsgesetzbuch heranzuziehen und sodann zu

---

Juristische Wochenschrift für 1891 S. 512 No. 14. Daß das Reichsgericht in der Entscheidung vom 5. Juli 1887 (Seuffert, Bd. 43 No. 45 S. 64 ff.) seinen vorherigen Standpunkt geändert habe, wie Schulz S. 44 meint, ist nicht richtig; es entscheidet ganz wie vorher.

[7]) Die Ansicht des Reichsgerichts billigen: Staub, 6./7. Aufl. Anm. 1 u. 2 zu § 125; 3./4. Aufl. § 5 zu Art. 114; Makower. 12. Aufl. Anm. 1d zu § 125; 10. Aufl. Anm. 46b zu Art. 114; Goldmann, Z. 4 zu § 124; Lehmann, No. 3 zu § 124; Cosack, S. 541; Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. II Abt. 2 S. 560 Anm. 9; Preuß. Privatrecht, Bd. II § 221 Anm. 4 S. 641; Gareis, Lehrbuch, S. 177; Rudorff, Abs. 1 zu § 124; Litthauer, Anm. 4 zu § 126; Könige, Anm. 55 bei § 124; Becker, Heidelb. Diss. S. 43.

Anderer Ansicht sind: Renaud, S. 366 unten; Behrend, S. 345; Gierke, Genoss. Th., S. 580 Anm. 2, 560 Anm. 1, 584; Kohler, Markenschutz, S. 366; Keyßner, Anm. 9 zu Art. 114, Anm. 6 zu Art. 52; Römer, S. 155; Górski, S. 139; Gareis-Fuchsberger, Kommentar, S. 243 No. 119; Schulz, S. 50.

untersuchen, ob durch das Bürgerliche Gesetzbuch eine Änderung der aus dem Handelsgesetzbuche zu entnehmenden Regeln bewirkt wird.

Unberücksichtigt kann bleiben die strafrechtliche Haftung, welche nur den Täter selbst, niemals aber die offene Handelsgesellschaft, d. h. die anderen, am Delikt unbeteiligten Gesellschafter treffen kann.

Abschnitt I.

Die Haftung für Delikte des vertretungsberechtigten Gesellschafters.

A. Haftung nach dem Handelsgesetzbuch.

1. Delikte als Gesellschaftshandlungen.

Der vom Reichsgericht Bd. 15 S. 128 formulierte, oben im Wortlaut mitgeteilte Rechtsgrundsatz, wann nur eine Handlung als Gesellschaftshandlung betrachtet werden kann, wird auch für das neue Recht beizubehalten sein. Die erste Bedingung, daß ein Delikt Gesellschaftshandlung sein und damit die offene Handelsgesellschaft verpflichten kann, ist die, daß sich die äußere Erscheinungsform der Deliktshandlung den sonstigen Handlungen der Gesellschaft anpaßt, daß also die Handlung, wenn ihr die Widerrechtlichkeit fehlte, als Gesellschaftshandlung gelten könnte. Durch den Willen selbst aller Gesellschafter kann keineswegs jede Handlung zu einer solchen der offenen Handelsgesellschaft gemacht werden. Wenn z. B. alle Gesellschafter in der Absicht, das Gesellschaftsvermögen zu bereichern, einen Laden erbrechen und berauben, so sind sie persönlich als Mittäter zum Schadensersatze verpflichtet, aber niemand würde hier sagen, die Einbrecher hätten eine Gesellschaftshandlung vorgenommen. Jener Rechtsgrundsatz entspricht also der natürlichen Logik und kann an die Spitze der weiteren Untersuchung gestellt werden.

Hiermit ist bereits ausgesprochen, daß die Haftung der offenen Handelsgesellschaft nur in Frage kommen kann bei Handlungen, die „in Ausführung“ der Gesellschaftshandlungen vorgenommen werden; ausgeschlossen sind also die nur „bei Gelegenheit“ derselben vorgenommenen Handlungen. Die Unterscheidung beider Arten ist, wie schon bei der Beratung des alten Handelsgesetzbuchs hervorgehoben wurde, äußerst schwierig; die Unterscheidung wird sich nur für jeden einzelnen Fall unter Berücksichtigung des Zweckes, der Tätigkeit der offenen Handelsgesellschaft und aller Begleitumstände finden lassen. Dies gilt insbesondere von den „rein praktischen“ Verrichtungen der Gesellschafter, die nicht rechtsgeschäftlichen Charakter haben. In den Fällen aber, wo das Delikt durch die Vornahme eines Rechtsgeschäfts begangen wird, bietet § 344 HGB ein Merkmal allgemeiner Natur. Die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten danach als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig und die von ihm gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus der Urkunde selbst das Gegenteil ergibt. Diese Bestimmung wird auch auf solche Rechtsgeschäfte anzuwenden sein, die rechtswidrig sind und es läßt sich nicht einwenden, daß rechtswidrige Handlungen niemals von vornherein der Gegenstand eines Handelsgewerbes sein könnten, daß sich also § 344 nur auf rechtmäßige Handlungen beziehen lasse. Für die Klassifizierung, ob eine Handlung Gesellschaftshandlung ist oder nicht, kommt es lediglich auf ihre äußere Erscheinungsform an, nicht auf die verschiedenartigen in ihr enthaltenen rechtlichen Elemente; diese letzteren sind nur für die Frage erheblich, welche Wirkung der Handlung beizulegen ist. Demgemäß hat auch das Reichsgericht die erwähnten von ihm behandelten Fälle — wissentlich falsche Empfehlung, Eingriffe in Urheber-, Patent- und Markenrechte — als Gesellschaftshandlungen angesehen.

2. Kein Gewohnheitsrecht über die vorliegende Frage.

Über den oben besprochenen, vom Reichsgericht gebildeten Rechtsgrundsatz hinausgehend hat Cosack (S. 541) die Ansicht geäußert, die vom Reichsgericht getroffenen Entscheidungen und die Stellungnahme der Wissenschaft hätten ein „sicheres Gewohnheitsrecht" im Sinne der Auffassung des Reichsgerichts geschaffen. In der Tat kann die Auffassung des Reichsgerichts als die überwiegende Meinung angesehen werden. Entscheidungen des Reichsgerichts oder anderer höchster Gerichte über die Frage sind zwar aus der Zeit nach 1900 nicht bekannt geworden; es ist aber nicht zu bezweifeln, daß das Reichsgericht seine Ansicht auch unter Geltung der neuen Reichsgesetze beibehalten würde. Wenn sich hiermit wirklich, wie Cosack meint, ein handelsrechtlicher Gewohnheitsrechtssatz gebildet hätte, so wäre der erkennende Richter an diesen Satz gebunden und es ist deshalb nötig, die Ansicht Cosacks zu prüfen.

Es ist wohl allgemein anerkannt, daß auch unter der Geltung des Handels- und des Bürgerlichen Gesetzbuchs Gewohnheitsrecht zur Ergänzung der Reichsgesetze in Kraft bleibt; Streit besteht darüber, ob sich partikulares Gewohnheitsrecht oder ein Gewohnheitsrecht contra legem bilden kann.[8]) Allein diese Streitfrage interessiert hier nicht, da nur Reichsgewohnheitsrecht zur Ergänzung des Handelsgesetzbuchs in Frage steht. Man wird sich der herrschenden Ansicht anschließen können, welche den

[8]) Bendix, S. 7; Cosack, § 5c S. 21; Engelmann, S. 22; Eck, § 7 S. 21; Fischer-Henle, Anm. zu Art. 2 EG z. BGB.; Leonhard, § 19 S. 48; Leske, Bd. I § 5, S. 24 II; Staub, Anm. 23 der Allgem. Einleitg.; Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. I § 28. Dagegen ist Goldmann-Lilienthal, S. 5. — Die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch überläßt die Entscheidung darüber, ob sich gemeines Gewohnheitsrecht zur Ergänzung der Gesetze bilden könne, der Wissenschaft und Rechtsprechung (S. 4).

Art. 2 des Einf.-Ges. zum BGB: „Gesetz ist jede Rechtsnorm“ auch auf Gewohnheitsrechtssätze mit bezieht; für diese Ansicht spricht außer den allgemeinen, hier nicht näher zu erörternden Gründen besonders der Umstand, daß § 2 des II. Entwurfes zum BGB das Gewohnheitsrecht fast ausschloß, daß aber dieser Satz infolge der starken Polemik, die sich dagegen erhob, gestrichen wurde.

Mit den Reichsgesetzen ist durch den Art. 32 des Einführungsgesetzes zum BGB auch Reichs-Gewohnheitsrecht aufrecht erhalten worden (Eck, § 7 No. 1 S. 22). Zur Bildung von Gewohnheitsrecht ist nötig „faktische Übung mit der Überzeugung vom Vorhandensein eines Rechtssatzes;“[9]) es gehört also dazu eine allgemeine, in den beteiligten Volkskreisen wurzelnde Überzeugung, und damit sich eine solche als Rechtsüberzeugung äußern und zu einem Rechtssatze klären und festigen kann, muß eine Übung von einer gewissen Dauer gefordert werden. Diese Bedingungen sind durch die Entwickelung der hier behandelten Frage nicht erfüllt. Die Entscheidung des Reichsgerichts im 15. Bande S. 121 ist vom 5. Februar 1886; die entgegengesetzten Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts datieren vom 28. Januar 1876 (Bd. 19 S. 176) und vom 15. September 1879 (Bd. 25 S. 347); auch sonst sind hervorragende Vertreter der Wissenschaft der Ansicht des Reichsgerichts entgegengetreten (s. Anm. 7 Abs. 2). Das Reichsgericht hat sich an anderer Stelle selbst dagegen erklärt, daß durch bloßen Gerichtsgebrauch

[9]) Staub, Allg. Einleit. z. HGB § 28; l. 35 D. de leg. 1, 3: ‘quae longa consuetudine comprobata sunt et per plurimos annos observata; vgl. Dernburg, Pand., Bd. I § 27 bei 2. S. 60. Brie legt S. 16 ff. für das Römische, S. 105 f., 142, 225 f. auch für das Deutsche Recht dar, daß eine längere Übung gefordert wurde. Ähnlich Windscheid-Kipp, Bd. I No. 16. S. 70; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I § 20 No. 2, S. 170; Beseler, Bd. I § 33. S. 89. 91.

sich ein vom Gesetz abweichendes Gewohnheitsrecht bilden könne; es verlangt, daß sich ein Rechtssatz im gemeinsamen Rechtsbewußtsein des Volkes festsetze. Ebenso sagt mit Recht Leonhard, daß die Wissenschaft ein Gewohnheitsrecht wohl anbahnen, aber nicht vollenden könne.[10])

Danach wird ein durch die bisherige Entwickelung gebildeter Gewohnheitsrechtssatz über die vorliegende Frage nicht anzunehmen sein.

3. Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft nach neuem Recht.

Welche Rechtsnatur nach den neuen Gesetzen die offene Handelsgesellschaft hat, ist für die vorliegende Untersuchung von Wichtigkeit und daher kurz zu erörtern.

Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden (§ 124 HGB); die Beiträge der Gesellschafter werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter, Gesellschaftsvermögen (§ 105 Absatz 2 HGB, 718 BGB); über ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen oder an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen können die Gesellschafter nicht frei verfügen (§ 719 das.).

Diese Tatsachen sind als Beweis dafür angeführt worden, daß die offene Handelsgesellschaft ein von ihren Mitgliedern verschiedenes selbständiges Rechtssubjekt, eine juristische Person sei, da nur ein Rechtssubjekt Rechte und Verbindlichkeiten haben könne.[11]) Allein diese Folgerung ist nicht

---

[10]) Entsch. des RG vom 18. Dezember 1901, Juristische Wochenschrift 1902, S. 94; Leonhard, S. 41.

[11]) Eccius in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 32 S. 1 ff.; Gareis-Fuchsberger. Anm. V zum 1. Titel des 2. Buches des HGB., S. 210; Gareis, Handausgabe des HGB Anm. 1 zu § 124; Lehrbuch S. 176. 218. Vgl. die bei Milch S. 13 Anm. 2 Zusammengestellten.

zwingend. Die Gegner jener Rechtsansicht führen an, daß der Ausdruck „Gesellschaft“ nur eine zusammenfassende Bezeichnung der „Gesellschafter mit Beziehung auf ihre gesellschaftliche Vereinigung“ ist und daß die Firma der „Kollektivname“ ist, unter dem die Gesellschafter in ihrer Vereinigung nach außen auftreten.[12]) Diese Bezeichnungen sind aber ebensowenig ein Beweis für das Vorhandensein eines von den Gesellschaftern verschiedenen Rechtssubjektes, wie die mehreren Firmen, die ein Einzelkaufmann für verschiedene ihm gehörige Geschäfte führt, das Vorhandensein mehrerer Rechtssubjekte anzeigen.[13])

Auch die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens für die Zwecke der offenen Handelsgesellschaft und die hierdurch herbeigeführte Trennung des Gesellschaftsvermögens vom sonstigen Vermögen der Gesellschafter zeigt nicht mit Notwendigkeit eine juristische Person an. Denn schon nach römischem Recht konnte eine Person Eigentümer mehrerer voneinander gesonderter Vermögensmassen sein, so beim peculium, beim Erbschaftsantritt mit beneficium inventarii.[14]) Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind vielmehr die Gesellschafter selbst, wie sie Schuldner der Gesellschaftsverbindlichkeiten sind (Art. 112 Allg. Dt. HGB; 105 Abs. 1, 128 HGB), für die sie als Gesamtschuldner haften.

Diese unmittelbare Haftung für die Schulden der offenen Handelsgesellschaft zeigt, daß sie eigene Rechtspersönlichkeit nicht hat, weil sonst ihre Schulden nicht zugleich Schulden der einzelnen Gesellschafter sein könnten.[15])

[12]) Römer, S. 161 IV; Behrend, S. 445; Renaud, S. 105; v. Hahn, § 2 zu Art. 114; Reichsger., Ziv., Bd. 3 S. 57, Bd. 30 S. 152; ROHG Bd. 20 S. 263.

[13]) Vgl. Milch, S. 15.

[14]) Römer, S. 150 f.; vgl. Unger in Iherings Jahrbüchern, S. 239 ff.

[15]) Laband in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 30 S. 469 ff.; Hergenhahn, S. 22. Der Ansicht Labands, daß die o. Hg. eine römische

Ebenso widerspricht die grundsätzliche Abhängigkeit der offenen Handelsgesellschaft von der Person ihrer Mitglieder der Annahme einer juristischen Person (Art. 123 No. 2 Allg. dt. HGB; 131 No. 3, 4, 5 HGB) und die bei weitem überwiegende Meinung[16]) hat schon unter Geltung des bisherigen Rechtes und ebenso seit dem Inkrafttreten der neuen Reichsgesetze[17]) die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft verworfen.

Mit Gierke (Deutsches Privatrecht S. 660 ff.) ist vielmehr anzunehmen, daß die offene Handelsgesellschaft eine Gemeinschaft nach dem deutschrechtlichen Grundsatze der

societas mit einigen positiv-rechtlichen Abwandlungen, eine besondere Haftungsart für die Schulden des Geschäftsbetriebes sei, wird man nicht zustimmen können.

[16]) Reichsgericht, Ziv., Bd. 3 S. 57; 30 S. 152; 32 S. 398 ff.; 36 S. 395; ROHG 25 S. 126 und die bei Hergenhahn S. 22 angeführten Entscheidungen: Thöl, Bd. I S. 310 § 88; Behrend, S. 516; Keyßner, Anm. 6 zu Art. 85; Kuntze in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 6 S. 214 f.; Staub, 3./4. Aufl. § 2 No. 1 zu Art. 85; Dernburg, Pand., Bd. I S. 146; Gierke, Genoss. Th., S. 48, 437, 464 ff.; Renaud, S. 101 ff.; Willenbücher, Anm. 4 zu Art. 85; Puchelt, Anm. 3 zu Art. 85; Schulz, S. 12 ff.; Milch, S. 13 ff.

[17]) Bendix, S. 474 zu 2; Cosack, S. 531; Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. II Abt. 2 S. 558; Engelmann, S. 385; Goldmann, S. 467 No. 14 zu § 105; Knoke, S. 11; Könige, Anm. 2 zu § 105; Lehmann, S. 259 No. 1 zu § 124; Makower, S. 179 Anm. Ic zu § 105; Nagler im Sächs. Archiv, Bd. 10 S. 727; Rudorff, Abs. 1 zu § 105; Staub, 6./7. Aufl. Anm. 8 zu § 105. Dahn, Handelsrechtliche Vorträge, S. 76 ff., faßt die offene Handelsgesellschaft keineswegs als juristische Person auf, sondern sagt: im Verhältnis nach außen, gegenüber Gläubigern und Schuldnern, wird sie ähnlich behandelt, als ob sie eine juristische Person wäre und zwar immer nur so lange die Firma, der Ausdruck für die Einheit, Stand hält; versagt sie, so zeigt sich, daß lediglich ein Vertragsverhältnis vorliegt. — Eine „relative" juristische Person nimmt an Gareis-Fuchsberger, Anm. V zum 1. Titel des 2. Buches des Allg. D. HGB; ähnlich Beseler, § 222 VII, welcher sagt, daß die offene Handelsgesellschaft nach außen in wesentlichen Beziehungen als juristische Person auftritt.

gesamten Hand bildet, deren Vereinigung kein neues Rechtssubjekt schafft, sondern eine zu gemeinsamem Handeln verbundene Personeneinheit bildet; diesen Standpunkt teilt auch die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch (S. 80).

Im Handelsgesetzbuche fehlt zwar — absichtlich, wie die Denkschrift erkennen läßt — eine ausdrückliche Entscheidung der Kontroverse, allein das Gesetz läßt deutlich erkennen, daß es die offene Handelsgesellschaft nicht für eine juristische Person hält. Durch § 105 Absatz 2 HGB wird die offene Handelsgesellschaft der bürgerlichen Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB) eingeordnet. Diese ist aber keine juristische Person, da das BGB nur Stiftungen und rechtsfähige Vereine als Juristische Personen kennt; Buch 1 Titel 2 ist überschrieben „Juristische Personen“ und behandelt unter I: Vereine, unter II: Stiftungen, unter III: Juristische Personen des öffentlichen Rechts. Die offene Handelsgesellschaft ist aber weder eine Stiftung noch eine Bildung des öffentlichen Rechts; sie ist auch kein Verein, von dem sie sich durch ihre ganze Organisation (der Verein „muß“ z. B. einen Vorstand haben, § 26 BGB) unterscheidet.[18]) Weiter bestimmt § 718 BGB, daß die eingebrachten Gegenstände gemeinsames Vermögen der Gesellschafter, nicht der Gesellschaft, werden (so auch § 706 No. 2 daselbst), eine Bestimmung, die durch § 124 HGB für die Handelsgesellschaft keineswegs außer Geltung gesetzt ist; hier ist nur gesagt, daß die letztere im Handelsverkehr unter einer Firma auftreten kann, daß nicht immer die bürgerlichen Namen der Gesellschafter genannt zu werden brauchen, ebenso wie der Einzelkaufmann unter seiner Firma verhandeln, klagen und verklagt werden kann. Dies ist eine Besonderheit des Handelsrechts und mußte daher für die offene Handelsgesellschaft wie für den Einzel-

[18]) Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit; Becker, Diss., § 11 S. 31; Makower, Anm. 1c zu § 105 HGB.

kaufmann besonders bestimmt werden. Wichtig ist ferner die Ausdrucksweise des Gesetzes, welches in § 124 HGB sagt: „die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben“ . . . . und in § 210 daselbst bei der Aktiengesellschaft, deren juristische Persönlichkeit fast unbestritten ist:[19] „die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten.“ Schließlich ist auf § 209 der Konkursordnung hinzuweisen, woselbst bestimmt ist, daß über das Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft ein selbständiges Konkursverfahren stattfindet. Diese Bestimmung wäre überflüssig, wenn das Gesetz die offene Handelsgesellschaft als juristische Person ansähe, denn dann fände über ihr Vermögen selbstverständlich ein besonderer Konkurs statt. Für die Aktiengesellschaft ist denn auch nicht besonders gesagt, daß über ihr Vermögen ein selbständiger Konkurs stattfindet (§ 207 KO).

Hiernach ist festzustellen, daß die offene Handelsgesellschaft vom geltenden Recht als juristische Person nicht angesehen wird, daß sie also kein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtswesen ist.

Damit ist aber eine wichtige Grundlage gewonnen, denn es kann nunmehr angenommen werden, daß die zu prüfende Frage nicht zu entscheiden ist nach den Rechtsgrundsätzen für die Haftung des Prinzipals für seine Handlungsangestellten und über die Haftung juristischer Personen für ihre Beamten.

4. Verschulden aller Gesellschafter als Voraussetzung einer Haftung der offenen Handelsgesellschaft.

a) Verschulden als Voraussetzung des Delikts.

Das privatrechtliche Delikt ist eine schuldhafte Handlung.

[19] Staub, Anm. 1 zu § 210.

Dies ging schon für das römische Recht daraus hervor, daß die Klagen aus unerlaubten Handlungen, obwohl es Zivilklagen waren, doch gleichzeitig einen Strafzweck hatten, der sogar zuerst der überwiegende war; für die lex Aquilia, die durch immer weitere Ausdehnung schließlich einen großen Teil widerrechtlicher Eigentums- und Gesundheits-Beschädigungen umfaßte, sagt Ulpian l. 44 pr. ad legem Aquiliam 9, 2 „in lege Aquilia et levissima culpa venit.“[20])

Nach gemeinem Recht hatten sich zwar die Ziele der Deliktsklagen verändert; sie hatten den Strafzweck verloren und gingen nur noch auf Entschädigung; aber die Notwendigkeit dolosen oder kulposen Handelns bestand fort.

Nach dem ältesten deutschen Recht galt das Verursachungsprinzip; es war derjenige schadensersatzpflichtig, der eine Handlung verursacht hatte, ohne daß ihn ein Verschulden treffen mußte; wenigstens wurde nicht untersucht, ob den Täter ein Verschulden treffe, sondern es wurde von dem strafrechtlichen Erfolg auf den verbrecherischen Willen geschlossen;[21]) so hatten Kinder und Geisteskranke den von ihnen angerichteten Schaden aus ihrem Vermögen zu ersetzen.[21])

Das moderne Recht ist wieder zum Verschuldungsprinzip übergegangen, nach welchem eine Haftbarkeit für Schadenszufügungen nur besteht, wenn den Täter Vorsatz oder Fahrlässigkeit trifft.[22]) So bestimmt § 10 Teil I Titel 6

[20]) Dernburg, Pand., Bd. II S. 345 § 129; Windscheid-Kipp, Bd. I § 451 S. 886; contrectatio fraudulosa § 452 S. 900; lex Aquilia § 455 No. 3b S. 911.

[21]) Stobbe, Deutsch. Privatr., Bd. III § 200 No. 3 S. 377; Brunner, Bd. II § 124 S. 537.

[22]) Fischer, Preuß. Privatr., § 22 S. 177; Engelmann, S. 129; Förster-Eccius, Bd. I § 89b S. 545, § 27 S. 142; Dernburg, Preuß. Privatr., § 294 unter 1 S. 849, § 300 Abs. 1 S. 868; Bürgerliches Recht, Bd. II § 63 S. 134, § 25 IV S. 61; Liszt, § 36 I S. 151; Eck, § 103 S. 599; Windscheid-Kipp, Bd. I, Einleitung vor § 451 S. 886 f.

des Allgemeinen Landrechts unter der Aufschrift „Grundsätze vom Schadensersatz“:

„Wer einen anderen aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, muß demselben vollständige Genugtuung leisten.“

Verschulden des Ersatzpflichtigen fordern ebenso Art. 1382 code civil, § 1295 des Österr. Gesetzbuchs, § 116 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt mit Wirkung auch für das Handelsrecht (Art. 2 Einf.-Ges. zum HGB) in § 823 Absatz 1:[23])

„Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben,... die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Auch nach modernem Recht gibt es allerdings Fälle, in denen ein Delikt ohne Verschulden eintritt. Es bestimmt z. B. § 137 Absatz 1 des Vereinszollgesetzes vom 3. Juli 1869:

„Das Dasein der in Rede stehenden Vergehen und die Anwendung der Strafe derselben wird in den im § 136 angeführten Fällen lediglich durch die daselbst bezeichneten Tatsachen begründet“ . . .

Ähnliche Bestimmungen finden sich in § 20 des Gesetzes betreffend die Besteuerung des Branntweins vom 24. Juni 1887, § 46 des Zuckersteuergesetzes vom 31. Mai 1891. Daneben finden sich Präsumtionen der Schuld im Gesetz betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe vom 25. Oktober 1867 § 14, im Gesetz betreffend Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom $\frac{\text{1. Mai 1889}}{\text{10. Mai 1897}}$ §§ 142, 144; in §§ 20, 21 des Preßgesetzes vom 7. Mai 1874 und in § 315

[23]) Denkschrift zum BGB S. 100.

des HGB. Auch das Allgemeine Landrecht enthielt in den §§ 25, 26 Teil I Titel 6 Schuldpräsumtionen, indem es die Vermutung aufstellte, daß denjenigen die Schuld an einem Schaden trifft, der eine Handlung, bei deren Gelegenheit der Schaden entstanden ist, vornimmt; daß ferner der, welcher ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt, für den Schaden aufkommen muß, der durch Einhaltung des Gesetzes hätte vermieden werden können. Nach Art. 27 Allg. Dt. HGB konnte derjenige, welcher unbefugt eine Firma führt, von dem Verletzten nicht nur auf Unterlassung, sondern auch auf Schadensersatz verklagt werden, während nach § 12 BGB ohne Verschulden nur die Klage auf Unterlassung und Beseitigung der Beeinträchtigung gegeben ist.[24]) Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält in § 833 die Vorschrift, daß — auch ohne Verschulden — derjenige, der ein Tier hält, für den Schaden verantwortlich ist, den das Tier anrichtet.

Alle diese Bestimmungen sind Ausnahmevorschriften. Für die sogenannten Formaldelikte, deren Ausdehnung übrigens sehr bestritten ist,[25]) enthält § 823 BGB die ausdrückliche Vorschrift, daß sie eine Schadensersatzpflicht nur dann herbeiführen, wenn dem Täter ein Verschulden zur Last fällt. Als Regel ist also festzuhalten, daß eine Haftung für schädigende Handlungen nur eintritt, wenn die Handlung auf einem Verschulden, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, beruht.

Will man daher mit dem Reichsgericht die offene Handelsgesellschaft haften lassen, auch wenn nur einem vertretenden Gesellschafter Verschulden zur Last fällt, so läßt sich die Haftung nur auf zwei Arten rechtfertigen:

1. entweder man nimmt an, die offene Handelsgesellschaft habe für das Verschulden des Gesellschafters als

[24]) Fischer-Henle, Anm. 7 zu § 12 BGB.
[25]) Liszt. Anm. 5 S. 155.

für fremdes Verschulden einzustehen, oder 2. man nimmt an, durch das Verschulden des einen Gesellschafters komme die ganze offene Handelsgesellschaft, d. h. die anderen Gesellschafter, in Verschulden, mit anderen Worten: man nimmt eine Stellvertretung im Delinquieren an.

Beide Möglichkeiten dürften zu verwerfen sein.

b) Haftung für fremdes Verschulden.

Eine Haftung für fremdes Verschulden ist dem Recht keineswegs fremd.

Die actio de effusis et deiectis ließ den Bewohner eines Raumes, aus dem jemand durch Wurf oder durch Herabgießen geschädigt wurde, für den Schaden haften. Eine Deliktsklage war dies jedoch nicht und ein Verschulden war nicht Voraussetzung.[26]) Für Delikte der Hausuntergebenen hatte das römische Recht eine actio noxalis gegen den Hausvater, die auf Schadensersatz oder noxae deditio des Schädigers ging. Das prätorische interdictum de vi ging gegen den Hausvater, wenn ein Mitglied der Familie mit Gewalt jemanden des Besitzes seines Grundstückes entsetzt hatte. Nach dem Edikt über das receptum nautarum cauponum stabulariorum hatten Schiffer und Wirte bis zur höheren Gewalt dafür einzustehen, daß die ihnen im Betrieb ihres Gewerbes übergebenen Gegenstände unversehrt zurückgegeben wurden. In allen diesen Fällen wurde vom Verschulden des Ersatzpflichtigen abgesehen, er haftete für die schuldhaften Handlungen anderer.[26])

Auch das deutsche Recht kannte eine solche Haftung. Der Hausherr hatte für den Schaden einzustehen, den seine Kinder, Leibeigenen und Tiere verursacht hatten; er konnte

---

[26]) Dernburg, Pandekten, Bd. II § 134 S. 361; § 38 II u. Anm. 4, § 39, S. 105, 107; Windscheid-Kipp, Bd. I § 457 S. 920.

sich durch noxae deditio der Leibeigenen und der Tiere befreien.[27])

Im neuen Recht hat die Entstehung der großartigen Unternehmungen des Transportes und der Industrie ebenfalls dazu geführt, vielfach eine Haftung für das Verschulden anderer festzusetzen, um die Gefahr und die Schädigungen, welche der moderne Verkehr bei allem Nutzen für die Allgemeinheit dem Einzelnen bringt,[28]) abzuwenden. Hierauf beruht vor allem das Reichs-Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. Nach § 1 daselbst haftet ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden der Unternehmer einer Eisenbahn dem durch den Betrieb Verletzten. Nach § 2 daselbst haftet der, welcher ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei oder Fabrik betreibt, wenn ein Bevollmächtigter oder Repräsentant oder eine zur Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person durch Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen Beschädigungen oder Körperverletzungen herbeiführt.

Nach dem § 68 ALR I 6 (aufgehoben durch Art. 89 des Preuß. Ausf.-Ges. zum BGB) haftete die Herrschaft, der Meister und Hauswirt für Schaden, der durch Gesinde von der Werkstatt oder vom Hause aus[29]) angerichtet wurde, wenn er die Person des Schädigers nicht nachweisen konnte. Die Preußische Verordnung vom 14. August 1835 läßt bei Beschädigungen durch Aufruhr jeden Beteiligten, unter gewissen Bedingungen sogar einen Zu-

[27]) Stobbe, § 201 S. 287 ff.: Beseler, § 113 S. 472, der auf die lex Aquilia verweist. Vgl. Brunner, § 126 S. 551, welcher darlegt, wie sich die Haftung des Herrn für Delikte seiner Knechte allmählich abschwächte und zu einer „Sachhaftung" wurde, während sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit des eigentlichen auctor criminis herausbildete.

[28]) Bekker, Zur Lehre vom Rechtssubjekt, S. 123.

[29]) Dernburg, Preuß. Privatr., Bd. II § 299, 1 S. 866.

schauer, für den durch den Aufruhr entstandenen Schaden aufkommen: ähnlich haften nach dem Preußischen Gesetze vom 11. März 1850 die Gemeinden für den Ersatz des bei Aufläufen verursachten Schadens. Die §§ 11, 12 des Forstdiebstahlsgesetzes vom 15. April 1878, § 5 des Feld- und Forstpolizeigesetzes vom 1. April 1880 legen unter gewissen Umständen Strafe, Kosten und Ersatzpflicht dem auf, in dessen Gewalt, Aufsicht oder Dienst der Täter steht.

Um eine Vertretung im Verschulden handelt es sich in allen diesen Fällen nicht. Das Gesetz hat vielmehr aus Gründen des Fiskalismus, der leichteren Beweisführung, der Förderung der öffentlichen Sicherheit eine Durchbrechung des Verschuldungsprinzips für gut befunden und hat die Durchbrechung, wie es für Ausnahmebestimmungen erforderlich ist, jedesmal besonders angeordnet. Dem Reichs-Haftpflichtgesetz liegt auch der Gedanke zugrunde, daß dem Unternehmer die besonderen Gefahren und Schädigungen, die das Unternehmen herbeiführt, zur Last fallen sollen, ebenso wie ihm der Gewinn daraus zufließt. Diesen Gesichtspunkt verwendet auch das Reichsgericht für die Haftung der offenen Handelsgesellschaft und es mag sein, daß de lege ferenda eine gleichartige Bestimmung für die offene Handelsgesellschaft empfehlenswert gewesen wäre. Aber jedenfalls gehörte eine ausdrückliche Vorschrift dazu, um diese Haftung der offenen Handelsgesellschaft herbeizuführen, ebenso wie in den oben angeführten Fällen die Haftung nur kraft ausdrücklicher Vorschrift eintritt. Eine solche fehlt aber für die Handelsgesellschaft nicht nur, sondern die im Preußischen Entwurf vorgesehene Vorschrift wurde als zu weitgehend gestrichen; dies läßt doch nur den einen Schluß zu, daß das Handelsgesetzbuch für die offene Handelsgesellschaft die Haftung für Delikte ihrer Mitglieder nicht einführen wollte, sondern die Entscheidung dem bürgerlichen Recht überlassen wollte.

Die unbillige Begünstigung, welche das Reichsgericht in der Ablehnung der besonderen Haftung sieht und welche zur Folge haben kann, daß sich die Gesellschaft an Delikten ihres Gesellschafters bereichert, wird in der Regel durch die Vorschriften über Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verhindert werden.[30])

Man wird daher auch für die offene Handelsgesellschaft an dem Grundsatze festzuhalten haben: „Nach dem Verschuldungsprinzip kann jemand für die widerrechtlichen Handlungen anderer nur verantwortlich gemacht werden, wenn ihn selbst ein Verschulden trifft.“[31])

c) Stellvertretung im Verschulden.

Das Reichsgericht faßt die Haftung der offenen Handelsgesellschaft allerdings nicht als Haftung für fremdes Verschulden auf. Es spricht auch nicht von einer Stellvertretung im Verschulden, sondern sagt (Bd. 15 S. 132): es gibt nur die Alternative „ob die Gesellschaft verschuldet oder unverschuldet, wissentlich oder unwissentlich handelt. Hier vermag das Nichtwissen einzelner Gesellschafter die Bedeutung des positiven Momentes des Wissens seitens des handelnden Gesellschafters nicht auszulöschen. Das Nichtwissen, daß eine Handlung ein fremdes Recht verletzt, seitens einer Person, deren Mitwirkung bei der Handlung oder auch nur Kenntnis von derselben gar nicht erforderlich ist, um die Handlung als Handlung der Gesellschaft erscheinen zu lassen, kann nicht erheblich sein.“ Freilich kann das Nichtwissen der unbeteiligten Gesellschafter den Dolus des Handelnden nicht auslöschen, aber die Folge davon ist nur die, daß der Handelnde verant-

[30]) Ausgenommen sind allerdings Fälle, in denen Spezialgesetze die Folgen eines Eingriffs erschöpfend regeln, so daß nebenher eine Bereicherungsklage nicht besteht. Vgl. Reichsger., Ziv., Bd. 15 S. 132.

[31]) Planck, Anm. 1 zu § 831 BGB.

wortlich bleibt. Geht das Reichsgericht weiter und läßt es die ganze Handelsgesellschaft für die Handlung mithaften, so überträgt es das Verschulden des einen auf die anderen Gesellschafter. Denn es genügt zur Deliktshaftung eben nicht, daß ein objektiver Tatbestand als Gesellschaftshandlung erscheint, sondern es muß als subjektiver Deliktstatbestand ein Verschulden der ganzen Gesellschaft, das heißt aller Gesellschafter hinzutreten. Das Reichsgericht konstruiert also, wenn auch mit anderen Worten, eine Stellvertretung im Verschulden.

Von einer solchen weiß aber die Rechtsgeschichte nichts. Die Stellvertretung hat sich aus der sogenannten direkten Stellvertretung vermittelst der actio exercitoria und institoria entwickelt, ist aber immer nur für rechtsgeschäftliches Handeln anerkannt gewesen. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch kennt eine Vertretungsmacht nur für „Willenserklärungen" und behandelt die Stellvertretung in den §§ 164 ff. im dritten Abschnitt des ersten Buches, welcher „Rechtsgeschäfte" überschrieben ist.

Eine Stellvertretung im Verschulden kann es auch nicht geben, da sie begrifflich unmöglich ist.[32]) Der vertretende Gesellschafter bringt den Willen der Gesellschaft zur Wirkung nach außen. Der Gesellschaftswille ist, da die offene Handelsgesellschaft kein von ihren Mitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt ist, die Summe der Willen aller Gesellschafter. Der vertretende Gesellschafter handelt demnach aus eigenem Willen nur zum Teil, im übrigen vertritt er fremden Willen. Denn die Übertragung der Vertretungsbefugnis hat nicht die Bedeutung, daß die Willen der übrigen Gesellschafter auf den vertretenden übertragen werden, so daß nunmehr sein Wille gleich der Summe aller Willen, also der Gesellschaftswille selbst wäre. Dies

[32]) Behrend, § 49 S. 344; Górski, S. 139; Römer, S. 155; Renaud, S. 366; Keyßner, Anm. 6 zu Art. 52 Allg. Dt. HGB; Leonhard, S. 129.

ist eine Unmöglichkeit. Der Wille ist, wie jede Geistestätigkeit, ein Erzeugnis des menschlichen Organismus, aus dessen psychischen Kräften er hervorgeht.[33]) Der Wille eines jeden Menschen ist also für jeden anderen ein fremder, weil er an einen fremden Organismus gebunden ist; daher kann der Wille des einen durch Rechtssatz so wenig auf einen anderen Menschen übertragen werden, als er beliebig hervorgerufen werden kann und es gibt keine „Verschmelzung der Willensgebiete" zu einem „vereinigten Gesellschaftswillen."[34]) Verschulden nun ist eine besondere Beschaffenheit des Willens, ein „rechtsverletzender Willensfehler",[35]) oder, wie Liszt S. 151 definiert, „jene subjektive Beziehung des Täters zu dem eingetretenen rechtswidrigen Erfolg, an welche die rechtliche Verantwortlichkeit (der Eintritt der Unrechtsfolgen) geknüpft ist."[36]) Daraus folgt, daß der Willensfehler des handelnden Gesellschafters ein den übrigen Gesellschaftern fremder ist, ebenso, wie sein Wille dem Willen der anderen fremd ist; nur, wenn auch die Willen der anderen Gesellschafter einen „Fehler" aufweisen, d. h. wenn auch die anderen in Verschulden sind, liegt ein Verschulden der offenen Handelsgesellschaft vor, ohne welches ihr eine rechtswidrige Handlung nicht zugerechnet werden kann.

Zum gleichen Ergebnis führt auch folgende Betrachtung. Nehmen an einer Gesellschaftshandlung alle Gesellschafter

[33]) Klingmüller, S. 23.

[34]) Gierke, Deutsch. Privatr., S. 661. Die Protokolle zum Allg. Dt. HGB sagen S. 198, „die Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters und sein Wille gehen in der o. Hg. nicht unter, sondern bestehen fort."

[35]) Dernburg, Pandekten, Bd. I § 86 S. 201.

[36]) Binding definiert: Schuld ist das Wollen eines Handlungsfähigen als Ursache einer Rechtswidrigkeit, vgl. a. a. O. bei Liszt; Dernburg, Bürgerl. Recht, § 63 S. 134; Fischer, Preuß. Privatr., § 22 S. 117. „das rechtswidrige Verhalten muß regelmäßig auf den Willen des Täters zurückgeführt werden können."

teil, so sind aller Willen auf ein gleiches Ziel, nämlich die vorzunehmende Handlung, gerichtet. Aber so wenig der Einzelne alle Handlungen im Rechtsverkehr selbst vornimmt, so wenig können die Gesellschafter stets gemeinschaftlich handeln; sie lassen sich vielmehr durch einen von ihnen vertreten. Dann ist der Wille der Vertretenen darauf gerichtet, daß der Vertreter für sie handeln, daß das vorzunehmende Rechtsgeschäft in seinen Einzelheiten von seinem Willen abhängen soll; es ist also nur der Wille des Handelnden unmittelbar auf den zu erreichenden Erfolg gerichtet. Ist nun dieser Erfolg ein rechtswidriger, so fällt dem Handelnden Vorsatz zur Last, wenn er den rechtswidrigen Erfolg voraussah, Fahrlässigkeit, wenn der Erfolg für ihn voraussehbar war. Diese Richtung des Willens des Handelnden ist demnach völlig verschieden von der Richtung, welche die Willen der Nichthandelnden einnehmen. Da aber Schuld jene verfehlte Willensrichtung des Handelnden ist, bleiben die anderen ohne Verschulden. Nur, wenn auch sie den rechtswidrigen Erfolg vorausgesehen haben oder ihn bei nötiger Sorgfalt voraussehen konnten und trotzdem ihr Wille mit auf die Deliktshandlung gerichtet ist, befindet sich auch ihr Wille in einer fehlerhaften Richtung und liegt auch bei ihnen Verschulden und damit Verschulden der Gesellschaft vor.

Der Einwurf, daß die Vertretungsmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters gleichmäßig zu gutem wie zu schlechtem Gebrauch gegeben ist und daß der Gesellschafter die Gesellschaft deshalb auch durch seine unrechtmäßigen Handlungen verpflichte,[37]) trifft nicht den Kern der Frage. Ein Verschulden bei Vertragshandlungen von seiten des vertretenden Gesellschafters wird die offene Handelsgesellschaft stets haftbar machen und hier kann man sagen, die Vertretungsmacht sei auch zu schlechtem

[37]) Cosack, S. 541.

Gebrauche da. Das aber haben die Gegner der Haftung nie bezweifelt, sondern sie bestreiten, daß die Vertretungsmacht sich auf außerkontraktliches Verschulden erstrecken kann.

Nach der bisherigen Erörterung würde das Delikt des Gesellschafters, soweit es zugleich Rechtsgeschäft ist, für und gegen die offene Handelsgesellschaft teils wirken — nämlich mit den rechtsgeschäftlichen Folgen — teils nicht wirken, nämlich mit den deliktischen Folgen. An ersterem kann kein Zweifel sein, denn da stets von Gesellschaftshandlungen die Rede ist, fällt das rechtsgeschäftliche Handeln in die Vertretungsmacht und wirkt unmittelbar für und gegen die Gesellschaft (§ 164 BGB). Man kann nun im Zweifel sein, ob bei dieser Sachlage die offene Handelsgesellschaft nicht für die Deliktswirkungen einstehen muß, wie sie für die rechtsgeschäftlichen Wirkungen einsteht, ob nicht die Einheit der verursachenden Handlung es verbietet, ihre Folgen für die Gesellschaft nach rechtsgeschäftlichen und deliktischen zu trennen.

Man wird dies, so zwingend der Schluß scheint, zu verneinen haben. Die Folgen des rechtsgeschäftlichen und des deliktischen Tatbestandes der Handlung sind verschieden und unterliegen verschiedenen Rechtsgrundsätzen. Wenn z. B. ein Nachdruck begangen wird, so tritt die offene Handelsgesellschaft in rechtsgeschäftliche Beziehungen zum Drucker, Buchbinder, zu den vertreibenden Buchhandlungen. Zwischen der Gesellschaft und den Genannten entstehen kontraktliche Rechte und Pflichten, die mittelst der Kontraktsklagen geschützt werden. Man wird ihnen die Gültigkeit nicht absprechen, denn die zugrundeliegenden Verträge sind deshalb, weil die hergestellte Schrift ein Nachdruck ist, noch nicht unsittlich und daher nichtig (§ 138 BGB). Dies könnte in Frage kommen, wenn alle Beteiligten kolludieren und die sämtlichen Verträge als Mittel zum Zwecke des Delikts geschlossen und beab-

sichtigt wären. Neben diesen rechtsgeschäftlichen bestehen die Deliktswirkungen des Nachdruckes. Durch den Nachdruck ist ein Dritter, der ganz außerhalb jener Vertragsbeziehungen steht, in seinem Urheberrechte verletzt und geschädigt worden; seine Rechtsbehelfe sind aber ganz andere, wie die Kontraktsklagen, sie beruhen auf dem Reichsgesetze vom 19. Juni 1901, haben andere Ziele und andere Voraussetzungen. Ähnlich ist die Rechtslage z. B. bei dem vom Reichsgericht Bd. 32 S. 32, 34 behandelten Falle. Bei einem Bau, der in den Geschäftskreis einer offenen Handelsgesellschaft fiel und der von einem vertretungsberechtigten Mitgliede der Gesellschaft geleitet wurde, verletzte der bauleitende Gesellschafter seine Aufsichtspflicht; infolgedessen stürzte ein Giebel ein und beschädigte ein Nachbarhaus. Hier hat der Geschädigte nur Rechte ex delicto, während die am Bau beteiligten Handwerker und Lieferanten Rechte ex contractu haben.

In beiden Beispielen wirkt also dieselbe Handlung auf seiten der Gegner der offenen Handelsgesellschaft in verschiedener Richtung und mit verschiedenem Inhalt; es ist nicht einzusehen, weshalb auf seiten der Gesellschaft sämtliche Wirkungen sollen gleiche Richtung haben müssen, nämlich gegen die Gesellschaft. Es kann vielmehr ein Teil der Wirkungen gegen die Gesellschaft, ein Teil nur gegen die Gesellschafter persönlich gehen.

Ein innerer Unterschied zwischen diesem Falle, in dem der Kontraktsgegner und der Verletzte verschiedene Personen sind, von dem anderen Falle, in dem eine und dieselbe Person zugleich Vertragsgegner und Verletzter ist, besteht nicht. Wenn ein vertretungsberechtiger Gesellschafter unter der Firma der offenen Handelsgesellschaft über die Kreditwürdigkeit eines Dritten auf Anfrage eine wissentlich falsche Auskunft erteilt, so liegt dem Anfragenden gegenüber ein Rechtsgeschäft, zugleich aber ein Delikt vor. Hier sind die Wirkungen der Handlung auf seiten

der Gegner der offenen Handelsgesellschaft gegen dieselbe Person gerichtet, aber die rechtlichen Grundlagen der deliktischen und der rechtsgeschäftlichen Wirkungen bleiben verschiedene und widersprechen ebenso wie oben der Annahme, daß die offene Handelsgesellschaft von sämtlichen Wirkungen der Handlung betroffen werden müßte. Es besteht also auch hier die Möglichkeit, daß die Deliktshaftung aus der falschen Auskunft nicht die Gesellschaft, sondern den Gesellschafter nur persönlich trifft, obwohl an sich ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft vorlag.

In Fällen von der Art des letzterwähnten wird übrigens sehr häufig auch eine Vertragsverletzung vorliegen und die Kontraktsklage auf Schadensersatz gegeben sein. Wenn das Reichsgericht die wissentlich falsche Empfehlung auf Anfrage überhaupt als in den Rechtskreis der offenen Handelsgeschaft fallend ansieht im Gegensatze zum Reichs-Oberhandelsgericht,[38]) so gibt es damit zu, daß Vertragsbeziehungen zwischen der offenen Handelsgesellschaft und dem Anfragenden zustande gekommen sind, deren wissentliche Verletzung die Gesellschaft schon ex contractu für den Schaden haften läßt.

d) Ergebnis. Verschulden der offenen Handelsgesellschaft.

Bei Zusammenfassung des bisher Ausgeführten ergibt sich folgendes: aus dem Handelsgesetzbuche läßt sich eine Haftung der offenen Handelsgesellschaft, wenn nur ein vertretungsberechtigter Gesellschafter ein Delikt begeht, nicht herleiten, denn ein Delikt setzt der Regel nach ein Verschulden voraus; durch das Verschulden des einen Gesellschafters kommt noch nicht die ganze offene Handelsgesellschaft in Verschulden; es gibt nämlich weder eine Stellvertretung im Delinquieren, noch tritt bei dem Fehlen einer

[38]) Reichsger., Ziv., Bd. 17 S. 93, 20 S. 190; ROHG Bd. 19 S. 202, 25 S. 347.

besonderen Vorschrift die offene Handelsgesellschaft für das ihr fremde Verschulden des Handelnden ein.

Die offene Handelsgesellschaft haftet daher, obwohl das Delikt eines Gesellschafters nach seinen äußeren Merkmalen in ihren Geschäftskreis fallen kann, nach dem Handelsgesetzbuche nur dann, wenn alle Gesellschafter ein Verschulden trifft.[39]) Nur in diesem Falle ist die offene Handelsgesellschaft selbst in Verschulden, was als unerläßliche Voraussetzung für ihre Haftung nach dem in No. 4a bis c Erörterten gelten muß. In welcher Weise die Gesellschafter am Delikt beteiligt sein können, ist später zu prüfen.

Ein Verschulden aller Gesellschafter ist nicht nur dann zu erfordern, wenn alle zur Vertretung berechtigt sind, sondern auch dann, wenn einige Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sind (§ 125 HGB). Denn es ist immer festzuhalten, daß die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht nicht das Mittel ist, das die Haftung für Delikte herbeiführt. Delinquieren also in einer offenen Handelsgesellschaft, die aus fünf Gesellschaftern besteht, von denen drei zur Vertretung berechtigt sind, nur diese drei, so haftet die Gesellschaft nur dann, wenn auch die zwei anderen Mitglieder sich in Verschulden befinden.

Wenn alle Gesellschafter in Verschulden sind, so haften sie persönlich unmittelbar aus ihrer Handlung, und zwar mit ihrem ganzen Vermögen. Damit wird auch das gesamte Gesellschaftsvermögen von der Haftung ergriffen, denn die offene Handelsgesellschaft hat, da sie keine juristische Person ist, kein Vermögen, das nicht zugleich Vermögen der Gesellschafter wäre. Scheinbar ist also die Frage, ob die Gesellschaft selbst oder ob nur ihre Mitglieder persönlich haften, eine unpraktische. Dies ist aber nicht der Fall.

---

[39]) So auch Gierke, Genoss. Theorie, S. 584 Anm. 3; Milch, S. 40.

Da ein Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht frei verfügen kann, ist der Anteil auch dem sofortigen Zugriffe des Gläubigers entzogen, dieser kann nur nach § 135 HGB sich an den Anteil seines Schuldners halten. Er muß also gegen ihn klagen und einen nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitel gegen den Gesellschafter erwirken. Auf Grund desselben kann er dann, wenn der Gesellschafter innerhalb der letzten sechs Monate frustra excussus ist — in das bewegliche Vermögen — die Pfändung und Überweisung auf dasjenige erwirken, „was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt". Dann erst kann er die offene Handelsgesellschaft kündigen und auch von da ab dauert es noch lange, ehe sein Anteil ermittelt und ausgezahlt wird. Dieser Weg ist lang genug, um böswilligen Gesellschaftern es zu ermöglichen, das Gesellschaftsvermögen beiseite zu bringen. Es ist also für den Verletzten als Gläubiger von großem Interesse, zu wissen, ob er gegen die offene Handelsgesellschaft als solche oder ob er nur gegen die einzelnen Gesellschafter persönlich vorgehen kann. Im ersteren Falle kann er in einem Prozesse die Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter verklagen; er kann auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Titels mit Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen vorgehen, sich insbesondere die Forderungen der offenen Handelsgesellschaft überweisen lassen. Auch beim Konkurse zeigt sich der Vorteil. Könnte der Geschädigte sich nicht an die Gesellschaft halten, so könnte er auch seine Ersatzforderung nur im Konkurse der einzelnen Gesellschafter anmelden, während sich in das Gesellschaftsvermögen, über das ein besonderes Konkursverfahren stattfindet, die Gläubiger der Gesellschaft teilen würden.

Die Gesellschafter können am Delikt, welches ein Gesellschafter begeht, in verschiedener Weise beteiligt sein.

a) Sie sind Teilnehmer im strafrechtlichen Sinne, also Mittäter, Anstifter oder Gehilfen (§§ 47 ff. des Reichs-Strafgesetzbuchs). Hier wird es keinem Bedenken begegnen, die offene Handelsgesellschaft haften zu lassen, denn diese ist kein von ihren Mitgliedern verschiedenes Rechtswesen, sondern wenn letztere alle handeln, so handelt die Gesellschaft. Nur ist auch hier wieder zu betonen, daß eine Handlung in Frage stehen muß, die ihrer Natur und Ausführung nach in den Bereich der gewerblichen Herrschaft der Gesellschaft fällt.[40])

b) Ein Gesellschafter begeht das Delikt, aber die anderen waren Mitwisser und haben es nicht verhindert.

c) Ein Gesellschafter begeht das Delikt, die anderen waren auch nicht Mitwisser, sie hätten aber das Delikt bei genügender Aufmerksamkeit bemerken und hindern müssen.

In den Fällen b und c entsteht die Frage, ob das bloße Unterlassen der Hinderung des den übrigen bekannten Delikts (b) und das Unterlassen einer genügenden Kontrolle (c) ausreicht, um für die Gesellschaft dieselbe Haftung herbeizuführen, wie die positive Beteiligung der Gesellschafter am Delikt (Fall a).

Im Falle b wird häufig derjenige, der von einem Delikt weiß und es nicht hindert, sich der Mittäterschaft schuldig machen, zumal wenn er das Eingreifen unterließ, um den Erfolg, den er sich vorstellte, nicht zu vereiteln. Ob der sehr weitgehende Satz Liszts (S. 127): „Der Verursachung eines Erfolges steht dessen Nichthinderung gleich, soweit nicht durch besondere Vorschrift des Gesetzes eine abweichende Behandlung der Unterlassung vorgezeichnet ist“

[40]) Der Satz universitas non delinquit ist auf die o. Hg. nicht anwendbar. Gegen die Annahme von Deliktsschulden der o. Hg. überhaupt sind Renaud, S. 315; Römer, S. 154 f.; Behrend, § 73 S. 519. Ausführlich untersucht die Frage für juristische Personen Hartwig, Dissertation.

zutrifft, kann hier nicht näher erörtert werden und ob strafrechtliche Mittäterschaft vorliegt, ist nicht entscheidend für die Annahme einer zivilrechtlichen Haftbarkeit.

Denn jedenfalls sind im Falle b die Willen auch der nicht handelnden Gesellschafter gleichgerichtet mit dem Willen dessen, der das Delikt ausführt; dadurch weisen die Willen aller Gesellschafter einen „rechtsverletzenden Fehler" auf und es ergibt sich, daß alle Gesellschafter, das heißt eben die offene Handelsgesellschaft, in Verschulden sind und dafür einzustehen haben.

Wenn die anderen Gesellschafter von dem Delikt vorher nichts wußten und es nicht verhindern konnten, wird nach den besonderen Umständen des Falles zu beurteilen sein, ob sie die Tätigkeit des delinquierenden Gesellschafters genügend überwacht haben. Daß unter Umständen in dem Unterlassen genügender Kontrolle ein Verschulden liegt, ist nicht zu bezweifeln.

Eine Unterlassung ist dann eine rechtswidrige, wenn eine Rechtspflicht, zu handeln, bestanden hat. Für einzelne strafrechtliche Tatbestände ist dies besonders und ausdrücklich ausgesprochen; so ist in § 139 StGB mit Strafe bedroht, wer ein ihm vorher bekanntes Verbrechen des Hochverrates etc. nicht rechtzeitig meldet; in § 13 des Sprengstoffgesetzes vom 9. Juni 1884, wer von einem ihm bekannten geplanten Verbrechen gegen dieses Gesetz dem Bedrohten oder der Behörde nicht rechtzeitig Mitteilung macht. Allein auch abgesehen von derartigen positiven Vorschriften, deren Nichtbeachtung ein Vergehen für sich ist — sogenanntes echtes Unterlassungsdelikt — kann nach Geboten der Rechtsordnung handeln Pflicht, Unterlassung schuldhafte Pflichtverletzung sein.[41])

[41]) Liszt, § 30 II S. 127; Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II § 63 II, 1, S. 135; Entsch. des OLG Karlsruhe vom 9. Nov. 1904, bei Soergel, Rechtsprechung 1905, S. 166e.

Das Handelsgesetzbuch bestimmt in § 115 Abs. 1:

„Steht die Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern zu, so ist jeder von ihnen allein zu handeln berechtigt; widerspricht jedoch ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme einer Handlung, so muß diese unterbleiben;“

in § 117:

„Die Befugnis zur Geschäftsführung kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden;“

in § 118:

„Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Bilanz anfertigen.“

Der Sinn dieser Vorschriften ist offensichtlich der, eine Überwachung der Geschäftshandlungen des einen durch die anderen Gesellschafter zu ermöglichen. Jedes Mitglied der offenen Handelsgesellschaft ist durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet, die Zwecke der Gesellschaft zu fördern; hierzu gehört, daß er einer unredlichen Handlung seitens eines anderen Gesellschafters entgegentritt. Damit ein jeder eine gewisse Kontrolle ausüben kann, gibt das Gesetz die oben angeführten Rechte, deren Ausübung zugleich eine durch den Gesellschaftsvertrag gebotene Rechtspflicht ist. Im Falle unredlicher Geschäftsführung ist sogar ein etwa erfolgter vertraglicher Ausschluß der Kontrollrechte unwirksam (§ 118 Abs. 2 HGB). Wenn also die nicht delinquierenden Gesellschafter bei ordentlicher Ausübung der Kontrolle das Delikt vorher hätten bemerken können, so machen sie sich einer fahrlässigen Verletzung ihrer Pflichten schuldig, so daß auch im Falle c ein Verschulden aller Gesellschafter und damit der offenen Handelsgesell-

schaft selbst gegeben ist.[42]) Durch den in § 117 HGB gegebenen Rechtsbehelf können die Gesellschafter ein Delikt verhindern, indem sie, wenn die Durchführung der Klage zu lange dauert, im Wege der einstweiligen Verfügung die Fernhaltung des Delinquierenden von den Gesellschaftsgeschäften erzwingen (§§ 940, 938 der Civilprozeßordnung).[43])

B. Die Haftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Nach Art. 2 des Einf.-Ges. zum HGB kommen, insoweit das HGB keine anderen Vorschriften enthält, die des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung.

Eine Bestimmung des BGB, nach der eine Haftung der offenen Handelsgesellschaft ohne Rücksicht auf ein Verschulden einzutreten hätte, besteht nicht; die Haftung des Tierhalters nach § 833, welche ein Verschulden nicht voraussetzt, interessiert hier nicht. Dagegen enthält das BGB mehrere Vorschriften über Haftung für fremdes Verschulden, wie sie in das HGB nicht aufgenommen sind. Es sind die §§ 31, 278, 831 BGB, die hier in Frage kommen.

Der § 278 scheidet aus, da er, wie sein Wortlaut ergibt („der Schuldner hat ein Verschulden . . . zu vertreten"),

[42]) Das ALR stellt in § 2 I 6 Handlung und Unterlassung gleich; Stobbe, § 200 No. 2 S. 376; Eck, Anm. 2 zu § 103 II S. 606. Das Reichsgericht hat in zahlreichen Entscheidungen, sowohl zu § 823 wie zu § 831 BGB anerkannt, daß die Vernachlässigung der nötigen Kontrolle ein Verschulden ist; z. B. Entsch. vom 20. März 1902, Dtsch. Jurist. Ztg., S. 321; vom 23. Januar 1905, Jurist. Wochenschrift 1905, S. 144; vom 6. Juli 1905 bei Soergel 1905, S. 172; Oberlandesgericht Posen vom 15. Oktober 1902 in Rechtsprechung der OLG Bd. 4 S. 57.

[43]) So auch Staub, Anm. 6 zu § 117 HGB, S. 372.

ein Schuldverhältnis voraussetzt[44]) und nur auf kontraktliches Verschulden zu beziehen ist, während es sich hier um außerkontraktliches Verschulden handelt.

Der § 831 kann wohl auf den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter angewendet werden, wie unten näher auszuführen ist, nicht aber auf den vertretungsberechtigten, denn der Paragraph handelt von Angestellten, die ihre Stellung nicht auf die Organisation oder das Statut der Vereinigung, in der sie tätig sind, sondern auf solche Personen zurückführen, die ihrerseits eine im Organismus der Vereinigung begründete Stellung haben.

Der § 31 lautet:

„Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt."

Diese Vorschrift ist für eine juristische Person, den rechtsfähigen Verein, gegeben und es ist bereits hervorgehoben worden, daß die Vorschriften über die Haftung juristischer Personen nicht unmittelbare Anwendung finden können, da die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist. Allein damit ist nicht gesagt, daß nicht eine entsprechende, analoge Anwendung möglich wäre.

„Analogie ist Anwendung einer Rechtsnorm auf verwandte Verhältnisse wegen Gleichheit des Grundes."[45]) Die Grundlagen für die Anwendung des § 31 sind bei der offenen Handelsgesellschaft dieselben, wie bei dem rechtsfähigen Verein.

---

[44]) Planck, Anm. 1 zu § 278; Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II § 68 IIb S. 145.

[45]) Dernburg, Pandekten, Bd. I S. 86.

Der § 31 beruht, wie die Motive sagen,[46]) auf der Neigung der modernen Rechtsentwickelung, den Vereinen, welche den Vorteil der Vertretung haben, auch deren Nachteile aufzuerlegen. Dieser Gesichtspunkt trifft auch für die offene Handelsgesellschaft zu, denn auch dieser ist die Möglichkeit, durch einen Vertreter zu handeln, in ihrem Interesse gewährt worden;[47]) dies ist eine „Erweiterung ihrer Rechtsfähigkeit" und es ist daher für die offene Handelsgesellschaft nicht weniger recht und billig, daß sie die Gefahren der Vertretung auf sich nimmt, wie für den rechtsfähigen Verein, ein Gesichtspunkt, den das Reichsgericht in seiner Deduktion bereits für die Beurteilung der Frage vor 1900 verwendet hatte.

Im einzelnen ist zur Anwendung des § 31 erforderlich, daß ein Schaden zugefügt ist

a) durch einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter,
b) in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen,
c) einem Dritten durch eine zum Schadensersatze verpflichtende Handlung.[48])

Hierbei sind unter Vertretern nicht Angestellte zu verstehen, denn die Anträge, welche den Verein für deren Verschulden einstehen lassen wollten, wurden abgelehnt.[49]) Es sind vielmehr Personen in gewissen selbständigen und superioren Stellungen gemeint, die zum Verein nicht in einem vorübergehenden, sondern in einem dauernden, im Organismus des Vereins begründeten Verhältnis stehen.[50]) Derartigen Vertretern eines Vereins weist § 26 BGB die „Stellung eines gesetzlichen Vertreters" zu.

Die entsprechende Stellung bei der offenen Handelsgesellschaft haben die vertretungsberechtigten Gesellschafter.

[46]) Motive, amtl. Ausg., S. 102 f.
[47]) Górski, S. 103 ff.; Löning, S. 18 f.
[48]) Neumann, BGB, Anm. 3 zu § 31; Eck, S. 59 f.
[49]) Prot. der II. Kommiss., S. 1050; bei Mugdan, Mater., Bd. I S. 618.
[50]) Entsch. des Reichsger., Bd. 53 S. 280 f.; 55 S. 176.

Sie sind ihre „naturalen Organe", ihre „geborenen Vertreter"[51]) und die Willensorgane der Gesellschaft, denn sie bringen ihren Willen zum Ausdruck nach außen; ihre Stellung ist keine vorübergehende, sondern beruht in dem Organismus der Gesellschaft, deren „Mitherren"[52]) sie sind. Ihnen ist zwar die Stellung gesetzlicher Vertreter nicht, wie denen des Vereins, ausdrücklich zugewiesen.[53]) Aber ihre Vertretungsmacht beruht nicht auf willkürlicher privater Übertragung, wie beim Handlungsbevollmächtigten, sondern ist vom Gesetz an die Zugehörigkeit zur offenen Handelsgesellschaft geknüpft; sie ist also eine gesetzliche im Gegensatz zu einer durch Rechtsgeschäft übertragenen Vertretungsmacht. Allerdings wird die Mitgliedschaft selbst durch einen Privatakt, den Gesellschaftsvertrag, erworben, man kann daher insofern auch von einer privaten Übertragung sprechen. Allein auch die Organe des Vereins erhalten ihre Stellung durch Wahl, also einen privaten Übertragungsakt. § 31 enthält ferner eine für Personen in der Stellung gesetzlicher Vertreter allgemein geltende Vorschrift, wie die Bezugnahmen auf ihn in § 86 für Stiftungen und in § 89 für öffentlich rechtliche Körperschaften ergeben.[54])

Für die Anwendung des § 31 spricht noch folgendes. Die Beziehung des vertretungsbefugten Gesellschafters zur Gesellschaft ist eine noch nähere als die des Vereins zu seinen Organen, denn der Verein ist ein von seinen Mit-

[51]) Staub, Anm. 1 zu § 125; v. Hahn, § 2 zu Art. 114.

[52]) Hergenhahn. S. 163; Renaud, S. 357; Reichsgericht, Bd. 15 S. 131.

[53]) Die Denkschrift z. HGB (Hahn, Materialien. Bd. VI S. 266) bemerkt, daß die Entscheidung der Wissenschaft zu überlassen sei, wie weit die vertretungsbefugten Gesellschafter die Stellung gesetzlicher Vertreter einnehmen. — Die Civilprozeßordnung versteht unter gesetzlichen Vertretern Personen, welche nicht prozeßfähige Parteien vertreten (§ 51 das.). Hierunter fallen also die vertretenden Gesellschafter ebenso wie die Organe des Vereins.

[54]) Makower, Anm. c zu § 125 S. 234.

gliedern verschiedenes Rechtssubjekt, die Gesellschafter aber sind in ihrer Vereinigung die offene Handelsgesellschaft selbst. Es wird deshalb durchaus im Sinne des Gesetzes sein, die offene Handelsgesellschaft für Delikte haften zu lassen, die ihre vertretenden Mitglieder in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen begehen, wenn sogar der Verein in gleicher Weise für seine Organe einstehen muß.

In den Motiven zum BGB wird auf Seite 103 bei Erwähnung der modernen Rechtsentwickelung, welche den juristischen Personen das Verschulden ihrer Organe anzurechnen geneigt ist, auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 15 S. 121 ff. hingewiesen. Diese Tatsache ist für die vorliegende Untersuchung interessant, denn es geht daraus hervor, daß bei Entstehung des § 31 BGB an die Haftung der offenen Handelsgesellschaft für Verschulden ihrer vertretungsbefugten Gesellschafter gedacht worden ist und auch das spricht für die hier vertretene Anwendung des § 31 auf die vertretenden Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft. — Der Anwendung des § 31 stimmen zu die Kommentare von Makower und Staub.[55])

Das hiermit gewonnene Resultat geht über das aus dem Handelsgesetzbuch erhaltene wesentlich hinaus. Es dürfte aber der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit mehr entsprechen, befindet sich übrigens in Übereinstimmung mit der in der Einleitung mitgeteilten Rechtsprechung des Reichsgerichts.

---

[55]) Makower, Anm. d zu § 125 S. 234; Staub, Anm. 2 zu § 125 S. 406.

Abschnitt II.

Die Haftung für Delikte des nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters.

A. Die Haftung nach dem Handelsgesetzbuch.

Von der Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters ist durchaus zu unterscheiden die Geschäftsführungsbefugnis. Erstere ist das Recht, mit Wirkung für die Gesellschaft in ihrem Namen mit Dritten zu verhandeln und zu kontrahieren; sie ist daher im Gesetz im dritten Titel des Abschnittes über die offene Handelsgesellschaft geregelt, der überschrieben ist: „Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.“ Die Geschäftsführungsbefugnis ist dagegen im zweiten Titel unter der Überschrift „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander“ geregelt; sie ist das Recht, im Inneren des gesellschaftlichen Geschäftsbetriebes, nicht gegenüber Dritten, tätig zu sein. In Abschnitt I ist dargelegt, wieweit die Gesellschaft für Delikte des mit der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht ausgestatteten Gesellschafters haftet; nunmehr soll untersucht werden, ob sie für Delikte des der Vertretungsmacht entbehrenden Gesellschafters haftet.

Regelmäßig ist jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt (§ 114 HGB), die Geschäftsführung kann jedoch durch den Gesellschaftsvertrag einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen werden, wodurch dann die übrigen von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.

In der Praxis wird es die Regel bilden, daß ein vertretungsberechtigter Gesellschafter auch die Befugnis zur Geschäftsführung hat oder umgekehrt daß einem geschäftsführenden Gesellschafter auch die Vertretungsmacht zusteht.[56]) Indessen ist der Fall, daß ein Gesellschafter nur die Geschäftsführung hat, ebensowohl möglich und von diesem ist im weiteren die Rede.

Der nur geschäftsführende Gesellschafter bleibt in der Lage, Gesellschaftshandlungen vorzunehmen, nur fehlt ihm die rechtliche Qualität, die offene Handelsgesellschaft durch seine rechtsgeschäftlichen Handlungen zu verpflichten. Der Ausschluß von der Vertretungsbefugnis erhält Wirkung gegen Dritte durch Eintragung in das Handelsregister (§§ 125 Abs. 4, 15 HGB). Dadurch wird derjenige, der mit der offenen Handelsgesellschaft in Vertragsverhandlungen oder sonstige rechtsgeschäftliche Beziehungen tritt, dagegen geschützt, daß er mit einem Gesellschafter ohne Vertretungsmacht verhandelt und dadurch in Schaden kommt. Allein diese Schutzwirkung der Eintragung ins Handelsregister versagt in vielen Fällen für denjenigen, gegen welchen der von der Vertretung Ausgeschlossene in Ausführung einer Gesellschaftshandlung ein Delikt verübt. Nichts hindert nämlich den Ausgeschlossenen, daß er unter Überschreitung seiner Befugnisse mit den Machtmitteln der Gesellschaft und unter ihrer Firma Handlungen gegen Dritte vornimmt, die als Gesellschaftshandlungen erscheinen, gleichzeitig aber Delikte sind. Hier würde nach Auffassung des Reichsgerichts und der damit übereinstimmenden Schriftsteller eine Haftung der offenen Handelsgesellschaft niemals eintreten, weil nämlich der nur geschäftsführende Gesellschafter keine Vertretungsmacht hat und seine Handlungen deshalb als solche der Gesellschaft nicht angesehen werden können. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden.

[56]) Staub, Anm. 1 zu § 114 S. 364.

Das Delikt kann

a) einen Dritten verletzen, der bei der Handlung, welche das Delikt enthält, mit der offenen Handelsgesellschaft in rechtsgeschäftliche Beziehungen getreten ist; so in den vom Reichsgericht behandelten Fällen der falschen Auskunft über Kreditfähigkeit oder über Eigentumsrechte (Bd. 17 S. 93). Das Delikt kann sich aber

b) gegen jemand richten, der außerhalb aller rechtsgeschäftlichen Beziehungen mit der Gesellschaft gestanden hat; so in dem oben besprochenen Beispiele des Nachdruckes. Zwischen beiden Möglichkeiten besteht für die rechtliche Beurteilung ein völliger Unterschied.

a) Stand der Verletzte mit der Gesellschaft in Verhandlungen rechtsgeschäftlicher Art, so war er in der Lage, sich aus dem Handelsregister darüber zu unterrichten, daß der Gesellschafter, der das Delikt gegen ihn verübte, von der Vertretung ausgeschlossen war. Hat er das unterlassen, so ist dies eine Nachlässigkeit, die ihm die Gesellschaft gemäß § 254 BGB entgegenhalten kann; sie wird in diesem Falle die Haftung mit Recht ablehnen, denn bei genügender Aufmerksamkeit mußte der Verletzte sehen, daß er mit einem zum Verhandeln nach außen nicht legitimierten Gesellschafter kontrahierte, er hat sich also dem Delikt, das der Gesellschafter gegen ihn begeht, durch eigene Schuld ausgesetzt und kann sich nur an den Täter, nicht an die Gesellschaft halten.

In diesem Zusammenhange ist der Spezialfall zu berühren, daß ein Dritter mit einem Gesellschafter in Verhandlung tritt, der nach dem Gesellschaftsvertrage zwar von der Vertretungsmacht ausgeschlossen ist, dessen Ausschluß aber nicht im Handelsregister eingetragen ist. Hier ist der Verletzte so gestellt, als wäre der Ausschluß von der Vertretungsmacht nicht erfolgt, denn nach § 15 HGB in Verbindung mit § 124 Absatz 4 daselbst erhält der Ausschluß Wirkung gegen Dritte nur durch die Eintragung im

Handelsregister. Dabei ist der offenen Handelsgesellschaft der Nachweis nicht zu gestatten, daß die Kenntnis oder Nichtkenntnis der Eintragung auf das Verhalten des Verletzten keinen Einfluß hätte haben können (z. B. im Falle b); diese Durchbrechung der Regel des § 15 würde diesem seine die Verkehrssicherheit schützende Bedeutung nehmen. Der Verletzte ist daher dem nur geschäftsführenden Täter gegenüber, dessen Ausschluß von der Vertretungsmacht nicht eingetragen ist, in derselben Lage, wie sie im ersten Abschnitte für Delikte des vertretungsbefugten Gesellschafters dargelegt ist.[57])

b) In dem Falle, in welchem der Verletzte in keine rechtsgeschäftliche Beziehungen zur offenen Handelsgesellschaft getreten ist, kann der Inhalt des Handelsregisters für ihn keinerlei praktische Bedeutung haben. Denn das Delikt verletzt ihn ohne sein Wissen, die schädigende

[57]) Staub, Anm. 2 zu § 15 S. 100 sagt treffend: Nach dem Prinzipe des § 15 „gilt die Rechtsveränderung für den Rechtsverkehr nicht, wenn sie nicht eingetragen ist . . . . nur dem kann die nicht eingetragene Änderung entgegengesetzt werden, der die tatsächliche Änderung gekannt und deshalb mit ihr in Wirklichkeit gerechnet hat". — Diese Bedeutung des § 15 ist nicht unbestritten. Die Denkschrift zum HGB S. 28 f. (bei Hahn, Mater., Bd. VI S. 212) fordert zur Anwendbarkeit des § 15, daß „die Kenntnis der einzutragenden Tatsache für das Verhalten des Dritten und seine durch dieses Verhalten beeinflußten Rechtsverhältnisse von Einfluß sein kann." Ähnlich: Frankenburger, Anm. zu § 15; Könige, Anm. 45 zu § 15; Rudorff, Abs. 1 zu § 15. Die herrschende Meinung ist mit Recht gegen diese Auslegung; der Wortlaut des § 15 gibt dafür keinen Anhalt und das Prinzip des § 15 ginge, wie schon im Text bemerkt, dadurch verloren; alle einschlägigen Prozesse würden die schwierigsten Beweisaufnahmen darüber enthalten, ob die einzutragende Tatsache von Einfluß auf das streitige Rechtsverhältnis war oder sein konnte. So Staub a. a. O.; Makower, Anm. 2 zu § 15 S. 34; Goldmann, Anm. 1 und 4 zu § 15 S. 58, 61; Cosack, S. 45 ff.; Lehmann, No. 8 zu § 15; Gareis, Handausgabe des HGB, Anm. 1 zu § 15; Römer, S. 170; Düringer-Hachenburg, Anm. II zu § 15 S. 82 f.

Handlung vollendet sich, ohne daß der Verletzte in die Lage kommt, das Handelsregister einzusehen und ohne daß er die offene Handelsgesellschaft vorher überhaupt zu kennen braucht. Da aber die Eintragung des Ausschlusses nun einmal besteht, so verlangt der § 15 bei richtiger Auslegung, daß der Ausschluß auch dem Verletzten gegenüber wirksam bleibt. Die Folge hiervon ist, solange man in der Vertretungsmacht das Moment sieht, das die Haftung der offenen Handelsgesellschaft herbeiführt, daß man bei dem Delikt des nicht vertretungsbefugten Gesellschafters die Haftung der offenen Handelsgesellschaft verneinen muß.

Allein wie oben darzulegen versucht wird, kann auf die Vertretungsmacht die Haftung der Gesellschaft nicht begründet werden, weil nur rechtsgeschäftliches, nicht deliktisches Handeln in die Vertretungsmacht fällt. Deliktshandlungen wirken gegen die offene Handelsgesellschaft nur im Falle des Mitverschuldens aller Gesellschafter (abgesehen von der positiven Vorschrift in § 31 BGB), während die Vertretungsmacht ohne Einfluß für die Deliktshaftung ist. Damit entfällt, soweit das Handelsgesetzbuch in Frage kommt, der innere Grund für die verschiedene Behandlung des Deliktes eines vertretenden von dem eines nicht vertretenden Gesellschafters, und es ergibt sich, daß der Verletzte den Handlungen beider gegenüber in der völlig gleichen Lage ist, so daß eine Haftung in gleichmäßiger Weise für Delikte des nur geschäftsführenden wie für Delikte des vertretenden Gesellschafters gerechtfertigt erscheint, stets unter der Voraussetzung, daß „Gesellschaftshandlungen“ in Frage stehen. Diese Annahme ist nichts singuläres; das Gesetz kennt auch sonst Fälle, in denen die offene Handelsgesellschaft für Handlungen haftet, die ein nicht vertretender Gesellschafter vornimmt. Dies geschieht z. B. nach § 15 HGB, wenn der Ausschluß von der Vertretungsmacht nicht eingetragen ist; auch allgemein nach BGB gibt es Fälle, in denen die Handlungen eines Ver-

treters ohne Vertretungsmacht gegen den Vertretenen wirken (§§ 170 f. BGB).

Nach Handelsgesetzbuch wird die offene Handelsgesellschaft daher für Delikte eines nur geschäftsführenden Gesellschafters, wenn er im Geschäftskreise der Gesellschaft und unter ihrer Firma handelt, dann haften, wenn

a) alle Gesellschafter Teilnehmer am Delikt sind,
b) wenn sie Mitwisser sind und das Delikt nicht gehindert haben,
c) wenn sie bei genügender Kontrolle das Delikt hätten verhindern können, die Kontrollpflicht aber vernachlässigt haben.

B. Die Haftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Auch dieses Ergebnis ändert sich durch das Herübergreifen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Schon der code civil hatte in Art. 1384 bestimmt, daß haften „les maîtres et les commettants du dommage, causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions, auxquelles ils les ont employés.“ Das Reichsgericht (Entsch. Bd. 10 S. 301 f.) hatte auf Grund dieser Vorschrift die offene Handelsgesellschaft für außerkontraktliches Verschulden — allerdings des vertretenden Gesellschafters — haften lassen; denn fasse man die offene Handelsgesellschaft als juristische Person auf, so sei sie als commettant ihrer Vertreter anzusehen; wenn nicht, so liege die Vollmachtserteilung in der Eingehung der Gesellschaft.

Entsprechendes bestimmt § 831 BGB:

> „Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt“ . . . . .

Es frägt sich, ob man den geschäftsführenden Gesellschafter als „zu einer Verrichtung bestellt“ ansehen kann.

Makower bejaht dies (Anm. d zu § 125), indem er sagt: „Durch Verleihung der Geschäftsführungsbefugnis bestellt die Gesellschaft den Gesellschafter zu einer Verrichtung.“

Die Frage ist aber doch recht zweifelhaft, denn die Geschäftsführungsbefugnis ist mit der Mitgliedschaft ipso iure verbunden; in dem Augenblick und durch den Vertrag, in dem die offene Handelsgesellschaft entsteht, erhalten auch ihre Mitglieder die Befugnis der Geschäftsführung, wenn diese nicht besonders ausgeschlossen wird.

Trotz dieses Bedenkens wird man sich für die Anwendung des § 831 BGB entscheiden, weil das aus dem HGB allein folgende Resultat ein bei dem heutigen Rechtszustand im höchsten Grade unbefriedigendes wäre. Während nämlich die offene Handelsgesellschaft für jeden ihrer Handlungsbevollmächtigten nach § 831 einzustehen hätte, würde sie für ihr Mitglied, also eine mit ihrem Organismus auf das engste verbundene Person, nur haften, wenn ihr Gegner, der Verletzte, nachweisen könnte, daß alle Gesellschafter durch Handeln oder schuldhaftes Unterlassen an dem Delikt mitbeteiligt sind. Nun ist dies zwar gegenüber der Haftung aus § 831 BGB nur eine Umkehrung der Beweislast, denn, wie Planck zu § 831 ausführt, beruht § 831 auf der Vermutung eines Verschuldens; aber jener dem Verletzten obliegende Beweis ist einmal kaum zu führen, und ferner ist der Verletzte auch dadurch im größten Nachteil, daß er nach der hier vertretenen Ansicht ein Verschulden aller Gesellschafter nachweisen müßte, während die wegen eines Gehilfen aus § 831 angegriffene offene Handelsgesellschaft sich nach Satz 2 des § 831 dadurch verteidigt, daß einer ihrer Mitglieder genügende Sorgfalt angewendet hat, nämlich der, welcher den Gehilfen ausgewählt hat. Auch ist es unbefriedigend, daß der offenen Handelsgesellschaft für das Verschulden des vertretungsberechtigten Gesellschafters die strenge Haftung nach § 31 BGB obliegt, während doch die Ver-

tretungsmacht, wie oben dargelegt, ein innerer Grund für die Haftung nicht ist.

Aus allen diesen Gründen wird man auch hier eine Anwendung des Gesetzes auf einen zwar nicht ganz gleichliegenden, aber doch nahe verwandten Fall für geboten erachten und zu dem Schlusse kommen, daß die offene Handelsgesellschaft für Delikte des geschäftsführenden Gesellschafters, wenn sie in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen verübt sind, nach § 831 BGB zu haften hat. Ob die Verrichtungen rechtsgeschäftlichen Charakter haben oder nicht, ob sie mehr oder weniger selbständig sind, ist dabei unerheblich.[58])

Nach Satz 2 des § 831 kann sich die offene Handelsgesellschaft durch den Nachweis schützen, daß bei Aufnahme des delinquierenden Sozius mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren worden ist, daß also die übrigen annehmen durften, er werde die Geschäfte redlich führen. Auch muß die Gesellschaft nachweisen, daß die vom Gesetze gewährten Kontrollmaßregeln in genügender Weise angewendet worden sind. Denn nach § 831 tritt die Ersatzpflicht nur dann nicht ein, wenn der Geschäftsherr (hier die offene Handelsgesellschaft), sofern er die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet. Wie oben ausgeführt, gehört die Ausübung der Kontrolle zu den Pflichten der Gesellschafter, der Nachweis der Kontrolle also zum Nachweise der beobachteten Sorgfalt.

Dieser Entlastungsbeweis steht der offenen Handelsgesellschaft, wenn sie für Delikte des vertretungsberechtigten Gesellschafters haftet, nicht zu. Die Verschiedenheit ist gesetzlich verordnet und daher unanfechtbar; sie ist aber auch wohl begründet, denn die Gesellschaft gibt dem vertretenden Gesellschafter eine viel größere Macht, die Mittel

[58]) Reichsgericht, Bd. 55 S. 176 f.

der Gesellschaft gegen Dritte zur Wirkung zu bringen, als dem nicht vertretenden Gesellschafter, der vom Verkehr mit Dritten in der Hauptsache ausgeschlossen ist.

Zwischen der Haftung aus § 31 und der aus § 831 liegt auch noch folgender Unterschied. Nach § 115 HGB ist der nur geschäftsführende Gesellschafter nur zu Handlungen berechtigt, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt, er ist daher auch im Sinne des § 831 nur zu diesen Verrichtungen bestellt und die offene Handelsgesellschaft haftet, sobald er Handlungen vornimmt, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetriebe nicht gehören, nicht mehr nach § 831 BGB, sondern nur nach den aus dem HGB hergeleiteten Grundsätzen. Anders ist die Haftung nach § 31 BGB. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter ist nicht nur zu Handlungen ermächtigt, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt, sondern zu allen, die zu dem Geschäftskreise der offenen Handelsgesellschaft nach vernünftigem Ermessen überhaupt gehören können (§ 125 BGB; Staub, Anm. 1 dazu); alle diese Handlungen gehören damit zu denen, welche nach § 31 die Gesellschaft zur Haftung verpflichten können.

Über den von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter ist nur zu sagen, daß die offene Handelsgesellschaft dann haftet, wenn alle Gesellschafter an seinem Delikt durch Teilnahme, Mitwisserschaft oder vernachlässigte Kontrolle mitschuldig sind. Eine gesetzliche Bestimmung, welche für seine Delikte eine strengere Haftung festsetzt, besteht nicht.

Lebenslauf.

Ich, Julius Karl Albert Möller, bin geboren in Breslau am 15. September 1873 als Sohn des Kaufmanns Albert Möller und seiner Frau Maria geb. Kuh. Ich bin evangelischer Religion und preußischer Staatsangehöriger.

Bis Untertertia besuchte ich das Magdalenen-Gymnasium in Breslau und kam dann auf die Königl. Landesschule Pforta bei Naumburg a. S., wo ich zu Ostern 1893 das Abiturientenexamen machte. Ich studierte Rechte und Staatswissenschaften in Bonn, Freiburg i. B., München und Breslau und bestand am 3. Juli 1896 in Breslau das Referendarexamen. Meine Lehrer an der Universität zu Breslau waren die Herren Professor Schott (der Ältere), Bennecke, Brie, Dahn, Fischer, Leonhard, Schultze, Sombart. Ferner hörte ich bei den Herren Professor Baron, Krüger, Pflüger, Zitelmann; Eisele, Rosin, Rümelin, Richard Schmidt, v. Schulze-Gaevernitz; v. Amira, Brentano, v. Planck, Ullmann.

Meine Ausbildung als Referendar erhielt ich in Mittelwalde, Glatz und Breslau. Am 2. April 1902 bestand ich die große Staatsprüfung für den höheren Justizdienst. Nach meiner Ernennung zum Gerichtsassessor war ich als Hilfsrichter oder kommissarisch bei dem Königl. Land- und Amtsgericht in Breslau, während des Jahres 1903 als kommissarischer Hilfsarbeiter im Kaiserlichen Aufsichtsamt für Privatversicherung in Berlin beschäftigt.

Seit 1. März 1905 bin ich Amtsrichter in Leobschütz.